



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 29 de gener de 2020

Informe 1/2019, de 29 de gener de 2020, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. Contractes de serveis de caràcter intel·lectual

Antecedents

1. En data 10 de juny de 2019, va tenir entrada una sol·licitud d'informe del president del Consell de Mallorca en relació amb els contractes de serveis de caràcter intel·lectual. En la sol·licitud es plantegen les qüestions següents:
 1. Si les prestacions de caràcter intel·lectual, als efectes de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del Sector públic (en endavant LCSP), són només els serveis d'arquitectura, enginyeria, consultoria i urbanisme; és a dir, si la llista de les prestacions intel·lectuals és taxada.
 2. Amb relació amb els serveis d'arquitectura i enginyeria:
 - 2.1 Si totes les prestacions que es detallen en els CPV 71000000-8, Serveis d'arquitectura, construcció, enginyeria i inspecció, cal considerar-les prestacions intel·lectuals a tots els efectes previstos en la LCSP.
 - 2.2 Si en els casos que la prestació d'aquests serveis "estigui perfectament definida tècnicament i no sigui possible variar els terminis de lliurament ni introduir modificacions de cap classe en el contracte", com per exemple, CPV 71317200-5 Serveis de salut i seguretat (Coordinació de seguretat i salut) es pot aplicar només el criteri d'adjudicació del preu; si es pot aplicar el procediment ordinari sumari o supersimplificat previst en l'article 159.6 de la LCSP.
 - 2.3 Perquè una prestació tingui caràcter intel·lectual a efectes de la LCSP, si és necessari que impliqui (segons es diu a les resolucions del TACRC 544/2018, 111/2018 i 141/2018) un cert grau d'innovació o de creativitat generant un producte susceptible de ser emparat pel dret de propietat intel·lectual.
 3. Si totes les prestacions que es detallen en els CPV 72000000-5 Serveis TI: consultoria, desenvolupament de software, internet i suport i CPV 73000000-2 Serveis de recerca i desenvolupament i servei de consultoria connexos, cal considerar-los prestacions de consultoria a tots els efectes previstos en la LCSP.



2. El 4 de setembre de 2019, es va requerir al Consell de Mallorca l'esmena de la sol·licitud, per tal d'incorporar a l'expedient l'informe jurídic preceptiu exigint en l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.
3. El 24 de setembre de 2019, va tenir entrada l'informe jurídic requerit, el qual va concretar que la consulta té per finalitat obtenir un pronunciament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en relació amb el caràcter intel·lectual de determinades prestacions objecte d'una part important dels contractes de serveis que tramita el Departament de Mobilitat i Infraestructures, concretament, els contractes següents:
 1. Assistència tècnica a la direcció d'obra.
 2. Coordinació de seguretat i salut en l'execució d'un contracte d'obra o serveis.
 3. Vigilància ambiental en l'execució d'un contracte d'obres.

L'informe jurídic del Departament de Mobilitat i Infraestructures conclou que és contrari al reconeixement del caràcter intel·lectual d'aquestes prestacions i troba adequat que en la contractació d'aquestes s'utilitzi el procediment obert simplificat abreujat i s'estableixi el preu com a únic criteri d'adjudicació.

Consideracions jurídiques

1. L'article 65 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, disposa que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa és l'òrgan consultiu específic de l'Administració de la Comunitat Autònoma i de la seva administració instrumental en matèria de contractació.

Segons l'article 12 del text consolidat del Decret 3/2016, de 29 de gener, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes (modificat pel Decret 26/2017), la Junta emet els informes que li sol·licitin, entre d'altres, els presidents dels consells insulars, els batles o presidents dels ajuntaments de l'àmbit territorial de les Illes Balears i els presidents de les organitzacions empresarials de les Illes Balears afectades per la contractació pública.

2. L'informe el sol·licita el president del Consell de Mallorca, el qual es troba legitimat de conformitat amb l'article 12.2 del Decret 3/2016, de 29 de gener ja esmentat.
3. La sol·licitud compleix els requisits que exigeix l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació



Administrativa de la CAIB, aprovat per Acord del Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997, ja que ve acompanyada d'un informe jurídic i de la documentació necessària per emetre'l.

4. El Consell de Mallorca, té la consideració d'Administració Pública i li és d'aplicació la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant LCSP), d'acord amb el que disposa l'article 3 d'aquesta Llei.
5. Per resoldre els dubtes plantejats, és convenient analitzar abans la regulació de les prestacions de caràcter intel·lectual.

La contractació de prestacions de caràcter intel·lectual no és una qüestió exempta de debat, ja que la LCSP no conté cap definició del que s'ha d'entendre per prestació de caràcter intel·lectual, sinó que es limita a reconèixer aquesta naturalesa als serveis d'arquitectura, enginyeria, consultoria i urbanisme en la Disposició addicional quaranta-una (en endavant, DA 41^a). I, quan la LCSP fa referència a les prestacions intel·lectuals en altres articles, ho fa a manera d'exemple, esmentant en alguns casos els serveis d'enginyeria i d'arquitectura; afegint en altres casos els serveis de consultoria; i esmentant els serveis d'urbanisme només en la DA 41^a. Per altra banda, la LCSP tampoc assenyalava quins codis CPV estarien inclosos en la DA 41^a.

Tot i no haver-les definit, la LCSP preveu, per la contractació de prestacions intel·lectuals, una sèrie d'especialitats que contempla de manera dispersa i sense cap estructura lògica, però que tenen gran rellevància en la pràctica, perquè es refereixen als procediments i als criteris d'adjudicació, concretament:

a) Especialitats relatives als procediments d'adjudicació:

En la contractació de prestacions intel·lectuals la LCSP considera especialment adequada la utilització del procediment restringit (article 160.4 i Exposició de motius). En canvi, quan es tracti de contractes de redacció de projectes arquitectònics, d'enginyeria i d'urbanisme especialment complexos, o quan es contractin conjuntament la redacció del projecte i la direcció d'obres, preveu que els òrgans de contractació hauran d'utilitzar el concurs de projectes (article 183.3). S'ha de tenir en compte que aquestes dues previsions no es basen en la Directiva 2014/24/UE que la LCSP transposa, la qual es decanta més per la utilització del procediment de licitació amb negociació o el diàleg competitiu quan es tracta de serveis intel·lectuals, en especial per serveis de consultoria, d'arquitectura o d'enginyeria.



Per altra banda, la LCSP també preveu que en l'adjudicació no s'utilitzi la subhasta electrònica (article 143.2) ni el procediment obert simplificat abreujat previst en l'article 159.6.

b) Especialitats relatives als criteris d'adjudicació:

En la contractació de prestacions intel·lectuals s'estableixen unes regles específiques que pretenen obtenir prestacions de gran qualitat que responguin el millor possible a les necessitats plantejades, per la qual cosa el preu no podrà ser l'únic factor determinant de l'adjudicació. Per això, la LCSP exigeix l'obligació d'utilitzar diversos criteris d'adjudicació (article 145.3), i que els criteris relacionats amb la qualitat representin, almanco, el 51 % de la puntuació assignable en la valoració de les ofertes (article 145.4).

Atès que els criteris relacionats amb la qualitat de vegades són més difícils de valorar mitjançant fórmules, es preveu una regla especial per al procediment obert simplificat: malgrat que amb caràcter general, si s'inclouen criteris avaluable mitjançant judici de valor, la ponderació no pot superar el 25% del total, quan es contractin prestacions intel·lectuals, la ponderació dels criteris avaluable mitjançant judici de valor pot arribar al 45% (article 159.1.b). No obstant això, cal fer esment a la conveniència d'objectivar la valoració dels criteris vinculats amb la qualitat, tenint en compte que l'article 145.2 LCSP, inclou en l'apartat 2 la possibilitat de valorar «l'organització, qualificació i experiència del personal adscrit al contracte que l'hagi d'executar, sempre i quan la qualitat d'aquest personal pugui afectar de manera significativa a una millor execució». De fet, per la Directiva 2014/24/UE, aquest criteri és especialment adequat per a l'adjudicació dels contractes de serveis de caràcter intel·lectual.

6. Una vegada revisat el que preveu la LCSP en relació amb les prestacions de caràcter intel·lectual, no es pot dir que la norma sigui gaire esclaridora. Per això, per poder donar resposta a les preguntes plantejades en la sol·licitud d'informe, la norma espanyola s'haurà d'interpretar a la llum de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública que deroga la Directiva 2004/18/CE (en endavant, la Directiva 2014/24); també s'haurà de completar amb el que hagi establert la jurisprudència i la doctrina en relació amb les prestacions de caràcter intel·lectual, ja que l'article 1.6 del Codi Civil disposa que la jurisprudència complementarà l'ordenament jurídic amb la doctrina, que de manera reiterada, estableixi el Tribunal Suprem en la interpretació i aplicació de la llei, la costum i els principis generals del dret.

Igual que la nostra LCSP, la Directiva 2014/24 no concreta quines són les prestacions que es poden considerar intel·lectuals i en fer-ne referència també ho fa posant exemples. Entre d'altres, el Considerant 43 esmenta les obres en edi-



ficis no convencionals, que incloguin disseny o solucions innovadores, els serveis o subministraments que exigeixen un esforç d'adaptació o de disseny, o alguns serveis de consultoria, d'arquitectura o d'enginyeria, o grans projectes relacionats amb les tecnologies de la informació i de les comunicacions (TIC).

D'una lectura detallada de la Directiva, s'entén que en la contractació de prestacions intel·lectuals el legislador europeu també preveu especialitats i ofereix als poders adjudicadors flexibilitat per poder triar els procediments negociats o de diàleg competitiu, i considera que per regla general les subhastes electròniques no serien adequades (Considerant 67 o article 35), essencialment perquè només són útils per avaluar elements automàtics mitjançant xifres o percentatges i en aquestes prestacions la qualitat de l'execució pot veure's afectada per la qualitat del personal emprat, l'organització, la qualificació i l'experiència dels personal encarregat d'executar el contracte (Considerant 94).

Per altra banda, pel que fa a doctrina i a la jurisprudència, parlar de prestacions intel·lectuals ens du a tenir en compte, principalment, els criteris que ha adoptat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (en endavant, TACRC), i que ha confirmat recentment la Sala Contenciosa Administrativa de l'Audiència Nacional (AN), arran dels recursos que algunes associacions i col·legis professionals del sector de l'enginyeria i l'arquitectura van interposar contra plecs de clàusules administratives (PCAP) de la Societat Mercantil Estatal Aena SME, SA, (en endavant, AENA) per a la contractació pública de serveis de direcció d'obra o *project management* d'alguns projectes de considerable envergadura en els aeroports de Barcelona, Madrid o Palma. En totes aquelles licitacions, AENA, va considerar que el servei de direcció d'obra no tenia el caràcter de prestació intel·lectual i va aprovar els PCAP sense tenir en compte algunes de les especialitats que la LCSP preveu per a la contractació de prestacions intel·lectuals.

Tot i que per donar resposta a les preguntes plantejades en la sol·licitud d'informe, també caldrà fer referència a altres línies jurisprudencials o de la doctrina, es pot avançar que en opinió de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, el criteri actual del TACRC i de l'AN resulta el més adequat. I, per fer-ho més entenedor, a continuació s'anirà donant resposta a les preguntes plantejades, desenvolupant els detalls del criteri avançat:

6.1 En primer lloc, l'escrit de consulta planteja si les prestacions de caràcter intel·lectual, als efectes de LCSP són només els serveis d'arquitectura, enginyeria, consultoria i urbanisme; és a dir, si la llista de les prestacions intel·lectuals és taxada.

En la Resolució del TACRC 964/2017, de 19 d'octubre de 2017, dictada en relació amb el recurs especial en matèria de contractació interposat contra el PCAP del contracte pel *Servei de assistència tècnica de project management del projecte de*



desenvolupament d'actuacions de l'Aeroport de Palma, el Tribunal administratiu va desestimar el recurs i va confirmar l'adequació dels plecs de AENA, en el sentit següent:

[...] "a priori", el elemento distintivo de una prestación intelectual está ligado a la existencia de elementos no cuantificables, como sujetos a criterios subjetivos por la propia naturaleza de la prestación.

Ahora bien, por una parte, la Directiva no se refiere en esta exclusión a todos los contratos de servicios que impliquen prestaciones intelectuales ("normalmente"..."determinados"...); y, por otra, ha de otorgársele alguna eficacia al ejemplo utilizado por la propia Directiva, referido al proyecto de obras. Este, como destaca el órgano de contratación, coincide con un producto del intelecto que, según el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), puede ser objeto de propiedad intelectual (art. 10).

Debemos recordar, a estos efectos, que la Jurisprudencia civil (como recuerda la STS de 26-4-2017, cas. 2012/2014) , considera presupuesto del concepto de obra susceptible de esta propiedad intelectual que esté dotada de originalidad (ya que el art. 10 de tal norma exige que se trate de una "creación original"), desde "una conceptualización objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que, con independencia de la opinión que cada uno pueda tener sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes."

Quiere ello decir que, **siendo que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, debe interpretarse que la Directiva se refiere a aquellos contratos con prestaciones análogas al proyecto de obras ;es decir, que impliquen una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos, y, además, implique el uso de las más altas facultades intelectivas humanas; destacadamente, aquellas que suponen innovación o un cierto grado de creatividad.**

[...]

Aquesta és la interpretació que a dia d'avui manté el TACRC, la qual ha anat confirmant en resolucions posteriors dictades en relació amb recursos similars: entre d'altres, cal esmentar la Resolució 544/2018, d'1 de juny de 2018, la Resolució 111/2018, de 30 de novembre de 2018 i la Resolució 1141/2018, de 7 de desembre.

No obstant això, el sectors de l'arquitectura i l'enginyeria, descontents amb la desestimació en cadena dels seus recursos davant el TACRC pels mateixos motius, van interposar un Recurs contenciós administratiu contra la Resolució del TACRC 544/2018, en relació amb la contractació de l'assistència tècnica de *project management* del projecte de remodelació i ampliació de l'edifici sud de l'aeroport de Barcelona-El Prat, que ha resultat recentment l'Audiència Nacional, en la Sentència de 25 de juny de 2019¹, en la qual ve a confirmar el criteri del Tribunal administratiu i s'acull al concepte de prestació intel·lectual del Tribunal Suprem, en el sentit següent:

¹ SAN 2708/2019 Id Cendoj: 28079230082019100383 Audiencia Nacional. Sala Contencioso



La Sala considera que para determinar si este concreto contrato tiene o no por objeto prestaciones intelectuales, y para concluir si es o no procedente la aplicación del sistema de subasta electrónica, es preciso previamente concretar cuáles son los elementos que identifican a las "prestaciones intelectuales". [...] **Este Tribunal considera que lo establecido por la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretando ese concepto de prestación de carácter intelectual, puede servir de orientación** para valorar las conclusiones extraídas por el acto administrativo impugnado.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual regula en su artículo 10 las "Obras y títulos originales".

En este precepto se identifica con "creaciones *originales*":

"*Artículo 10. Obras y títulos originales.*

[...]

f) *Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.*

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en interpretación de los distintos apartados de este precepto **ha señalado que debe prevalecer una concepción objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que dé al producto examinado un carácter novedoso y que permita diferenciarla de otras preexistentes.**

En la sentencia de 26 de abril de 2017 se señala, en un debate sobre obras arquitectónicas, lo siguiente: "**Otorgar la protección que la normativa sobre propiedad intelectual concede a los autores, tanto en los derechos morales como en los derechos de explotación económica, a quienes proyectan edificios ordinarios, sin una mínima singularidad o distintividad, no solo no responde al sentido y finalidad de las normas que regulan la propiedad intelectual sino que además traería consigo consecuencias perturbadoras para el propietario del edificio, por su carácter de obra funcional, destinada a satisfacer las necesidades que en cada momento tenga su propietario, cuyos derechos deben coexistir con los derechos del autor, como por ejemplo el derecho moral a la integridad de su obra**".

Resulta así que como se indica por la Administración, **es innegable que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, por lo que la interpretación de la Directiva objeto de debate debe ser, como señala el TACRC, referida a contratos en los que haya una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos. A esto debe sumarse la concurrencia de los elementos señalados de innovación y creatividad.**

Aquesta Junta Consultiva de Contractació, que com hem dit abans, comparteix la interpretació del TACRC i de l'Audiència Nacional, és de l'opinió que la llista de les prestacions intel·lectuals no es pot considerar una llista taxada, perquè no és possible acotar cap llista; en conseqüència, s'han de considerar de naturalesa intel·lectual les prestacions que impliquin una activitat en la qual predomini l'element immaterial no quantificable associat als processos mentals pròpiament humans, i a més, comportin l'ús de les més altes facultats intel·lectuals humanes, destacant les que suposin innovació o un cert grau de creativitat, que doni al producte un caràcter nou i que permeti diferenciar-lo d'altres preexistents.



Per això, per poder determinar si un contracte té o no té per objecte prestacions intel·lectuals i concloure si s'han d'aplicar les especialitats previstes en la LCSP per a aquest tipus de prestacions, s'haurà de comprovar que es donin efectivament els elements esmentats que ha establert la jurisprudència, la qual cosa requerirà atendre, en cada cas, a l'objecte concret del contracte.

I atès que sens dubte aquests requisits es poden donar en altres sectors més enllà de l'arquitectura, l'enginyeria, la consultoria i l'urbanisme, es pot afirmar que la llista de la DA 41^a de la LCSP no és taxada. De fet, resulta difícil de justificar que la voluntat del legislador fos la de considerar intel·lectuals únicament les prestacions relacionades amb els sectors esmentats, oblidant-se d'altres (per exemple, el jurídic, el del disseny, de les tecnologies etc...) en què també hi intervenen capacitats o processos mentals pròpiament humans que comporten l'ús de facultats intel·lectuals. Així, certa raó deuen tenir alguns experts² en contractació, quan sostenen que la inseguretats actualment existent entorn a les prestacions de caràcter intel·lectual està relacionada, en part, amb la participació en la redacció de la LCSP dels col·legis i de les associacions professionals dels sectors de l'arquitectura i l'enginyeria, ja que la major part d'aquells preceptes es varen incloure en el text durant el debat parlamentari del Projecte de Llei.

Per tot això, entenem que s'ha de fer una interpretació àmplia de la llista que conté la DA 41^a per tal de poder abraçar altres sectors professionals, sense oblidar que el que determina el caràcter intel·lectual d'una prestació no és tant el sector professional que l'hagi d'executar, sinó el caràcter original, creatiu o innovador de la prestació, tal com ha interpretat la jurisprudència.

6.2 En segon lloc, l'escrit de consulta planteja, en relació amb els serveis d'arquitectura i d'enginyeria si totes les prestacions que es detallen en els CPV 71000000-8, Serveis d'arquitectura, construcció, enginyeria i inspecció, cal considerar-les prestacions intel·lectuals a tots els efectes prevists en la LCSP:

Partint de la conclusió anterior, i pel seu caràcter didàctic, es considera necessari aprofundir en el concepte d'originalitat d'una obra arquitectònica, que el Tribunal Suprem ha establert en la Sentència 1644/2017³, 26 de abril de 2017:

Para decidir si una obra arquitectónica es original y, por tanto, está protegida por las normas de la propiedad intelectual, debe tenerse presente que el carácter funcional de la mayoría de las obras arquitectónicas condiciona muchos de sus elementos y restringe en alguna medida la libertad creativa del arquitecto y sus posibilidades de originalidad.

Los términos en que está redactado un proyecto arquitectónico responden en buena medida a las exigencias técnicas o funcionales y al cumplimiento de la normativa

² Javier Vázquez Matilla: *La inseguridad en las prestaciones intelectuales* www.javiervazquezmatilla.com; Maria Asunción Sanmatín Mora: *La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público (Observatorio de Contratación Pública 22-01-2018)*.

³ STS 1644/2017 Id Cendoj: 28079110012017100253, Tribunal Supremo, Sala Civil.



urbanística. Cuando esto es así, el proyecto o la obra arquitectónica edificada no quedan protegidos por el derecho de autor en la parte impuesta por esas exigencias técnicas, funcionales o normativas (en este sentido, sentencia de esta sala 12/1995, de 28 de enero), salvo que la originalidad se consiga justamente por la singularidad y novedad de las soluciones adoptadas para cumplir esas exigencias funcionales, técnicas o normativas. Pero, **con carácter general, las obras arquitectónicas se prestan a una menor originalidad** que otros tipos de obras plásticas **y se requiere en ellas, para ser encuadradas en el art. 10 TRLPI , un grado de singularidad superior al exigible en otras categorías de obras protegidas por la propiedad intelectual.**

Por esa razón, la afirmación de la sentencia recurrida de que «un proyecto, máxime de esa envergadura, está dotado *per se* de una creatividad, creatividad que cumple lo dispuesto en los arts. 5.1 y 10 [TRLPI]» no es correcta. Ni todo proyecto arquitectónico está dotado *per se* de creatividad, ni el hecho de que el edificio sea de mayor o menor tamaño, o esté destinado a hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual.

Atès que el TS vincula originalitat amb singularidad i novetat, en la Resolució del TACRC 964/2017, de 19 d'octubre de 2017, relativa al servei de assistència tècnica de *project management* del projecte de desenvolupament d'actuacions de l'Aeroport de Palma, ja esmentada, consta que:

[...] entendemos que la prestación compleja objeto del contrato, tal y como se describe en nuestros antecedentes (Dirección técnica de los proyectos, asistencia técnica y control y vigilancia, incluyendo dirección de obras, coordinación de seguridad y salud, vigilancia de obras, etc), constituye la coordinación de un conjunto de proyectos constructivos dentro del proyecto principal; y, por tanto, trata de coadyuvar a la correcta ejecución de un proyecto no diseñado por el propio contratista. En tal caso, **si bien no pueden negarse los aspectos intelectuales de la prestación, no predomina su carácter innovativo u original.** [...]

I en aquest mateix sentit ho ha confirmat l'Audiència Nacional, en la recent Sentència de 25 de juny de 2019, ja esmentada⁴, que va afegir que:

A la vista del expediente administrativo se comprueba que el contrato es, en primer lugar, de asistencia técnica, y el objeto de la asistencia es un proyecto de remodelación y ampliación de un edificio del aeropuerto del Prat. En la cláusula primera objeto del contrato, se establece una remisión al apartado a) del cuadro de características que lo encabeza. La lectura del Pliego de Prescripciones técnicas y en concreto del apartado correspondiente a lo que se denomina " *Alcance del servicio* " (4.3) permite comprobar que comprende hasta treinta tareas diferentes, unas de organización, otras de información, otras de garantía de puesta en explotación, otras de coordinación, planificación etc.

Como se señala por la Administración **es claramente objeto del contrato una prestación compleja** que tiene el objetivo de coadyuvar a la correcta ejecución de un proyecto no diseñado por el propio contratista, **en el que hay aspectos intelectuales, pero en estos no predomina el carácter de obra original en los términos entendidos por la jurisprudencia.** Y como igualmente alega la codemandada, **no cabe confundir creación intelectual, que es objeto de protección, con mera actividad intelectual: " la protección intelectual tiene como objeto el producto generado por la actividad intelectual, y no la simple actividad intelectual. Lo contrario nos llevaría a proteger cualquier actividad intelectual, con independencia de que genere una creación innovadora". No puede concluirse** como se pretende por la parte actora **que los servicios de ingeniería, arquitectura y consultoría de cualquier tipo son siempre prestaciones de carácter intelectual** (pág. 16 de la de-

⁴ SAN 2708/2019 Id Cendoj: 28079230082019100383 Audiencia Nacional. Sala Contencioso.



manda in fine) y así lo ha señalado el Tribunal Supremo por ejemplo en la citada sentencia de 26 de abril de 2017 indicando que *"la afirmación de la sentencia recurrida de que "un proyecto, máxime de esa envergadura, está dotado per se de una creatividad, creatividad que cumple lo dispuesto en los arts. 5.1 y 10 [TRLPI]" no es correcta. Ni todo proyecto arquitectónico está dotado per se de creatividad, ni el hecho de que el edificio sea de mayor o menor tamaño, o esté destinado a hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual ."*

En conclusió, aquesta Junta Consultiva de Contractació, d'acord amb aquesta jurisprudència, entén que no totes les prestacions que es detallen en la DA 41^a ni en el CPV 71000000-8 (*serveis d'arquitectura, construcció, enginyeria i inspecció*) s'han de considerar intel·lectuals a tots els efectes prevists en la LCSP. El que determina tal caràcter són els components d'originalitat, creativitat i innovació de la prestació, i no tots els projectes arquitectònics ni totes les edificacions són obres originals, creatives i innovadores; de la mateixa manera, no totes les prestacions que es contractin a professionals lliberals, ja siguin arquitectes, enginyers o advocats, s'hauran de considerar intel·lectuals. És innegable que aquestes professions duen a terme activitats associades a processos mentals pròpiament humans, però no en tots els casos tindran com a resultat obres originals, creatives o innovadores. De fet, segons el TS, una gran majoria d'obres d'arquitectura tenen caràcter funcional i es limiten a donar resposta al compliment d'exigències tècniques i normatives, per la qual cosa la llibertat creativa i innovadora de l'arquitecte està bastant limitada. A més, les obres arquitectòniques es presten a una menor originalitat que altres tipus d'obres plàstiques, per la qual cosa, per ser enquadrades en l'art. 10 TRLPI, es requereix un grau de singularitat superior a l'exigible en altres categories d'obres protegides per la propietat intel·lectual. En aquest sentit, es pot afirmar que una gran majoria dels contractes públics relacionats amb l'arquitectura o l'enginyeria no s'hauran de considerar intel·lectuals.

Dit això, atès que en la sol·licitud d'informe del Consell de Mallorca s'esmenta la Resolució 70/2019, d'1 d'abril, del *Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias* (TACP Canàries), no podem deixar de fer-ne referència per tal de deixar constància de l'opinió d'aquesta Junta Consultiva al respecte. En la referida Resolució, el TACP de Canàries, va considerar intel·lectual un contracte de direcció d'obres perquè entén que la llista de la DA 41^a de la LCSP és clara i, invocant el principi de no distingir allà on la llei no distingeix, és de l'opinió que en la contractació dels serveis relacionats amb l'arquitectura, l'enginyeria, la consultoria i l'urbanisme s'haurà de donar compliment en tots els casos al que disposa l'article 145.4 LCSP, que exigeix almanco el 51% de punts relacionats amb la qualitat.

Partint de la doctrina i jurisprudència esmentada fins ara, no podem compartir aquesta opinió, ja que el principi de no distingir on la llei no distingeix, s'ha de modular també amb l'article 3 del codi Civil, segons el qual les normes s'han d'interpretar d'acord amb el sentit propi de les seves paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius, i la realitat social del temps en què han



de ser aplicades, atenent fonamentalment al seu esperit i finalitat. En conseqüència, la interpretació de la DA 41^a i de la resta d'articles de la LCSP que fan referència a les prestacions intel·lectuals s'ha de fer a la llum de la Directiva 2014/24, que també considera intel·lectuals altres serveis; a la llum de la jurisprudència, que ens ofereix un concepte d'intel·lectualitat que sens dubte cal tenir en compte; d'acord amb el context, valorant els efectes de la participació dels col·legis i associacions d'arquitectes i d'enginyers en la redacció de la LCSP; i sense oblidar l'esperit i la finalitat de la norma. Per tot això, en opinió d'aquesta Junta Consultiva, la DA 41^a de la LCSP ni és clara, ni pot donar lloc a considerar intel·lectual qualsevol servei relacionat amb els sectors que inclou. Al contrari, existeixen altres sectors professionals que també poden prestar serveis intel·lectuals, de la mateixa manera que no tots els serveis del sector de l'arquitectura, l'enginyeria, la consultoria o l'urbanisme seran sempre prestacions intel·lectuals als efectes de la LCSP.

6.3 En tercer lloc, l'escrit de consulta planteja, en relació amb serveis d'arquitectura i d'enginyeria, si en els casos que la prestació d'aquests serveis "estigui perfectament definida tècnicament i no sigui possible variar els terminis de lliurament ni introduir modificacions de cap classe en el contracte", com per exemple, CPV 71317200-5 Serveis de salut i seguretat (Coordinació de seguretat i salut) es pot aplicar només el criteri d'adjudicació del preu; si es pot aplicar el procediment ordinari sumari o supersimplificat previst en l'article 159.6 de la LCSP).

El TS ha reconegut que una gran majoria d'obres d'arquitectura tenen caràcter funcional i es limiten a donar resposta al compliment d'exigències tècniques i normatives, la qual cosa limita la llibertat creativa i innovadora de l'arquitecte. En aquest mateix sentit, s'ha d'admetre que en molts altres serveis relacionats amb l'arquitectura o l'enginyeria (com per exemple, la coordinació de seguretat i salut), també hi predomina el caràcter funcional i els professionals que hi intervenen es solen limitar a donar compliment a exigències tècniques i normatives que fan descartar directament el caràcter intel·lectual de les prestacions. En conseqüència, en la seva contractació, no s'hauran de complir les especialitats que la LCSP preveu per les prestacions intel·lectuals i es podran fer servir els procediments de contractació que corresponguin, inclòs l'ordinari sumari o supersimplificat de l'article 159.6 de la LCSP.

Ara bé, en relació amb la utilització del preu com a únic criteri d'adjudicació, s'ha de fer una reflexió més profunda, tenint en compte diversos aspectes:

L'article 145.3 LCSP estableix que l'aplicació de més d'un criteri d'adjudicació és procedent, en tot cas, en l'adjudicació dels contractes següents:

[...]

g) Contractes de serveis, llevat que les prestacions estiguin perfectament definides tècnicament i no sigui possible variar els terminis de lliurament ni introduir modificacions de cap classe en el contracte, i per consegüent el preu és l'únic factor determinant de l'adjudicació.



En els contractes de serveis que tinguin per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, com els serveis d'enginyeria i arquitectura (—entre d'altres—), el preu no pot ser l'únic factor determinant de l'adjudicació. Igualment, en el cas dels contractes de serveis de seguretat privada s'ha d'aplicar més d'un criteri d'adjudicació.

Sobre la base d'aquest article, el *Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Comunidad de Madrid* (TARC de Madrid) ha reconegut la possibilitat de contractar només a preu els serveis de coordinació de seguretat i salut de diversos edificis de l'Àrea de Salut, Seguretat i Emergència de l'Ajuntament de Madrid, en la Resolució núm. 333/2018, 17 d'octubre de 2018, que diu el següent:

El servicio objeto del contrato estaría excepcionado del establecimiento de pluralidad de criterios de adjudicación en base a lo estipulado en el mismo artículo 145 en su apartado 3 g), toda vez que este servicio está perfectamente definido técnicamente. De conformidad con la cláusula primera de los Pliegos de Prescripciones Técnicas los trabajos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, y modificaciones posteriores. En este sentido se ha manifestado anteriormente este Tribunal en la Resolución 79/2018, de fecha 22 de marzo: "De acuerdo con el PPT los trabajos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, y modificaciones posteriores. También se incluyen las funciones de asesoramiento en relación con las medidas necesarias para hacer efectiva la normativa vigente de prevención de riesgos laborales y todas las prestaciones que sean exigibles sobre Seguridad y Salud de acuerdo con la citada normativa. Esto no obstante a juicio de este Tribunal la citada labor de asesoramiento, en este caso concreto, no tiene entidad suficiente como para considerar que esta prestación es incompatible con su licitación con un único criterio."

Abans d'aquesta Resolució del TARC de Madrid, el TACRC ja s'havia pronunciat en el mateix sentit en la Resolució 90/2017, de 27 de gener de 2017, dictada en relació amb un contracte de seguretat i salut, en la qual va fer constar que:

[...] el establecer otros criterios de valoración además del precio, es una obligación sólo en los casos en que la prestación no esté perfectamente delimitada, o se pueda variar el plazo, o introducir modificaciones en el contrato. En los demás supuestos, es una potestad que la Ley otorga al órgano de contratación, siempre que tales criterios (calidad, características estéticas o funcionales...) estén directamente vinculados al objeto del contrato y sean preponderantes los que se valoran mediante la mera aplicación de fórmulas.

" [...] este Tribunal entiende que en los pliegos se determinan con precisión las normas aplicables y los requisitos generales del servicio a prestar por lo que ha de ser el precio el único factor determinante de la adjudicación, de forma que en la licitación impugnada se han seguido fielmente las estipulaciones de la Ley. Además, la utilización del precio como único criterio de valoración de las ofertas es plenamente respetuosa con los principios a que se debe ajustar la contratación del sector público y, como establece el frontispicio de la Ley de Contratos (artículo 1 del TRLCSP), asegura "en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios".



Així, es pot afirmar que contractar serveis no intel·lectuals (ja sigui la seguretat i salut o qualsevol altre) només amb el criteri del preu és possible, sempre que quedin justificades en l'expedient les circumstàncies previstes en l'article 145.3.g) de la LCSP, és a dir, que les prestacions estiguin perfectament definides tècnicament, que no sigui possible variar els terminis de lliurament i que no sigui possible introduir modificacions de cap classe en el contracte; aquestes circumstàncies han de ser adequades amb l'objecte del contracte, garantir les necessitats a satisfer i l'eficiència en la utilització dels recursos públics exigida en l'article 1.1 LCSP.

En cas contrari, s'aplicaran una pluralitat de criteris d'adjudicació, ja que s'ha de tenir en compte que l'actual LCSP, a diferència del TRLCSP, ha fet una aposta significativa en favor de la qualitat en la contractació pública, que s'ha convertit en un principi quasi irrenunciable amb l'objectiu d'aconseguir la millor relació qualitat-preu mitjançant l'aplicació de la regla de l'apartat 1 de l'article 145 LCSP, que preveu que l'adjudicació dels contractes s'ha d'efectuar utilitzant una pluralitat de criteris d'adjudicació sobre la base de la millor relació qualitat-preu. Aquest paradigma de la qualitat – com l'han anomenat alguns experts en matèria de contractació com Gimeno Feliu –, s'ha d'interpretar també d'acord amb la declaració d'intencions de l'article 1.3 de la LCSP, que disposa que en tota contractació pública s'han d'incorporar de manera transversal i preceptiva criteris socials i mediambientals sempre que tinguin relació amb l'objecte del contracte, amb la convicció que la seva inclusió proporciona una millor relació qualitat-preu en la prestació contractual, així com una major i millor eficiència en la utilització dels fons públics. També s'ha de facilitar l'accés a la contractació pública de les petites i mitjanes empreses, així com de les empreses d'economia social. I precisament, en la contractació de serveis professionals no intel·lectuals, com els que són objecte de consulta, l'article 145. 2 LCSP preveu criteris que permeten valorar l'organització, la qualificació i l'experiència del personal adscrit al contracte quan, a judici de l'òrgan de contractació, la qualitat del personal pugui afectar de manera significativa a una millor execució.

6.4 L'escrit de consulta també planteja si perquè una prestació tingui caràcter intel·lectual a efectes de la LCSP, és necessari que impliqui (segons es diu a les resolucions del TACRC 544/2018, 111/2018 i 141/2018) un cert grau d'innovació o de creativitat generant un producte susceptible de ser emparat pel dret de propietat intel·lectual).

Efectivament, tal com ja s'ha argumentat en les contestacions a les preguntes 1 i 2, perquè una prestació tingui caràcter intel·lectual a efectes de la LCSP és necessari que impliqui un cert grau d'innovació o de creativitat generant un producte susceptible de ser emparat pel dret de propietat intel·lectual.



Cal esmentar també el recent Informe 20/2019, de 21 d'octubre de 2019, de Junta Consultiva de l'Estat en relació amb un contracte de serveis de publicitat institucional, en el qual la part menys important del servei a contractar (9% del valor estimat del contracte) correspon a la part creativa, mentre que la part més important correspon a la part comercial (91% del valor estimat del contracte). En aquest informe, la Junta Consultiva de l'Estat ha conclòs que:

3. Partiendo de estas premisas no cabe duda de que **la determinación de si las prestaciones de un contrato de servicios pueden calificarse como prestaciones de carácter intelectual depende del contenido de la prestación o prestaciones que constituyen su objeto.** (...)

[...] **El contenido de cada prestación debe valorarse por su importancia en relación con el todo unitario** que constituye el contrato, de manera que aunque exista una prestación basada en una creación intelectual y original, **si tal prestación no es mayoritaria en el conjunto del contrato, no se puede sostener que estemos en presencia de un contrato cuyas prestaciones tengan carácter intelectual** a los efectos de la aplicación de las reglas de selección del contratista que establece la ley.

I en aquest mateix sentit, en la Resolució 333/2018, 17 d'octubre de 2018, del TACP de Madrid, ja esmentada, també consta, en relació amb les prestacions objecte del contracte, que:

También se incluyen las funciones de asesoramiento en relación con las medidas necesarias para hacer efectiva la normativa vigente de prevención de riesgos laborales y todas las prestaciones que sean exigibles sobre Seguridad y Salud de acuerdo con la citada normativa. Esto no obstante a juicio de este Tribunal la citada labor de asesoramiento, en este caso concreto, no tiene entidad suficiente como para considerar que esta prestación es incompatible con su licitación con un único criterio.

En conclusió, les prestacions de caràcter intel·lectual s'han de valorar també per la seva importància en relació amb el tot unitari del contracte i, per tant, no tots els contractes que incloguin alguna prestació innovadora o creativa s'hauran de contractar amb els requisits que preveu la LCSP per a les prestacions intel·lectuals, sinó que dependrà del contingut de la prestació o prestacions que constitueixen el seu objecte i, per tant, del que consti en l'expedient de contractació.

6.5 La darrera de les qüestions que planteja l'escrit de consulta es refereix a si totes les prestacions que es detallen en els CPV 72000000-5 (Serveis TI: consultoria, desenvolupament de software, Internet i suport) i CPV 73000000-2 (Serveis de recerca i desenvolupament i servei de consultoria connexos), cal considerar-los prestacions de consultoria a tots els efectes previstos en la LCSP).

La LCSP no conté cap definició del que s'ha d'entendre per servei de consultoria i la regulació dels CPV inclou fins a 67 referències distintes referides a serveis de consultoria diversos: entre d'altres, consultoria en infraestructures, edificis, telecomunicacions, salut, enginyeria, fontaneria, ventilació, geofísica, geologia, cons-



trucció i subministrament d'aigua — amb els codis que comencen pels dígit 71 —; consultoria de tecnologies i sistemes d'informació, anàlisi empresarial i gestió de projectes — amb dígit de començament 72 —; consultoria d'investigació i desenvolupament — CPV 73000000-2 —; consultoria de patents i drets d'autor, publicitat, consultoria comercial i gestió financera, gestió de recursos humans, disseny i seguretat — amb dígit de començament 73 —; i consultoria de tractament d'aigües residuals — CPV 90492000-2.

El Considerant 43 de la Directiva 2014/24/UE fa referència, precisament com a exemple de prestació intel·lectual, a les consultories relacionades amb el desenvolupament de software, internet i suport TIC, quan es tracti de determinats grans projectes relacionats amb les tecnologies de la informació i de les comunicacions (TIC).

En conclusió, la utilització que fa la Directiva del terme "*determinats grans projectes*" no pot passar desapercebuda i ens porta a la conclusió, novament, que no més es podran considerar intel·lectuals les consultories que tinguin una complexitat especial, que s'associïn a processos mentals pròpiament humans i siguin innovadores i creatives en el sentit exigít per la jurisprudència. De fet, es podria afirmar que bona part de les consultories que contracten habitualment les administracions públiques, repetitives o periòdiques, no reuneixen els requisits d'innovació i creativitat necessaris perquè es puguin considerar intel·lectuals.

Conclusions

Atesos els arguments exposats, l'opinió de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa és la següent:

1. Les prestacions de caràcter intel·lectual no són només els serveis d'arquitectura, enginyeria, consultoria i urbanisme als quals fa referència la DA 41^a de la LCSP.
2. Les prestacions que es detallen en els CPV 71000000-8 (serveis d'arquitectura, construcció, enginyeria i inspecció) no s'han de considerar prestacions intel·lectuals en tots els casos, als efectes previstos en la LCSP.
3. En els casos en què una prestació de serveis (com per exemple un contracte de coordinació de seguretat i salut) estigui perfectament definida tècnicament i no sigui possible variar els terminis de lliurament ni introduir modificacions de cap tipus, es podrà aplicar només el criteri d'adjudicació del preu i es podrà tramitar el contracte mitjançant el procediment ordinari sumari o supersimplificat previst en l'article 159.6 de la LCSP.



4. Perquè una prestació tingui caràcter intel·lectual a efectes de la LCSP, és necessari que impliqui cert grau d'innovació o de creativitat, generant un producte susceptible de ser emparat pel dret de propietat intel·lectual, valorant també les prestacions per la seva importància en relació amb el tot unitari del contracte.

5. Totes les prestacions que es detallen en els CPV 72000000-5 (Serveis TI: consultoria, desenvolupament de software, Internet i suport) i CPV 73000000-2 (Serveis de recerca i desenvolupament i servei de consultoria connexos), s'han de considerar prestacions de consultoria, però no als efectes de considerar-les intel·lectuals en tots els casos, ja que només ho seran en els casos en què reuneixin els requisits d'originalitat i innovació, tal com exigeix la jurisprudència del TS.